

Propuesta sobre justificación a partir de la examinada en el claustro

§ 2. Justificación

Art. 21. Legítima defensa. Actúa legítimamente quien obra en defensa de sus intereses frente a una agresión ilegítima actual o inminente [~~atribuible al afectado por la defensa~~], siempre que la medida de la afectación causada al agresor por la defensa sea racionalmente necesaria.

No tiene legítima defensa quien provoca suficientemente la agresión.

Art. 22. Estado de necesidad defensivo. Actúa legítimamente el que ejecuta una acción ~~necesaria~~-indispensable [se trata de incluir la idea de subsidiariedad] para salvaguardar sus intereses frente a un peligro actual o inminente [~~proveniente~~] que proviene de una acción del afectado o de una situación que éste debe controlar, siempre que entre los intereses afectados por la acción defensiva [~~no sean considerablemente preponderantes frente a~~] y los intereses que ella salvaguarda no exista desproporción.

Esta justificación es también excepcionalmente aplicable en caso de un peligro futuro, siempre que el afectado sea responsable de la necesidad de defenderse anticipadamente.

Art. 23. Estado de necesidad agresivo. Actúa legítimamente el que ejecuta una acción actualmente ~~necesaria~~-indispensable [se trata de incluir la idea de subsidiariedad] para salvaguardar sus intereses, siempre que éstos sean considerablemente preponderantes frente a los intereses afectados.

Art. 24. Consentimiento presunto. Actúa legítimamente el que realiza un hecho punible en interés del propio afectado, siempre que no sea posible constatar su voluntad actual y que sea verosímil suponer que el afectado prestaría su consentimiento a la acción en cuestión.

Art. 25. Intervención justificada en favor de un tercero. Lo dispuesto en los artículos 21, 22 y 23 se aplica también respecto de quien actúa para resguardar intereses de terceros, siempre que no sea verosímil suponer que el tercero se opondría a la acción en cuestión.

Actúa asimismo legítimamente el funcionario público o el profesional que se encuentra obligado a intervenir a favor de un tercero en una situación de crisis o emergencia, aunque su conducta pueda ajustarse a la descripción legal de un delito, si se verifican además las circunstancias siguientes:

Primera. La conducta es ~~necesaria~~ indispensable [se trata de incluir la idea de subsidiariedad] para el cumplimiento de los deberes y funciones del cargo o profesión, conforme a las leyes y reglamentos que regulan su ejercicio y con independencia de la afectación de los intereses que resultan sacrificados con su ejecución.

Segunda. Los intereses salvados son preponderantes, o al menos equivalentes, respecto de los intereses sacrificados.

1. Respecto de la agresión en la legítima defensa, en la doctrina se encuentra generalizado el uso de la expresión "imputable". Pero en la medida en que la defensa está referida a la agresión ilegítima, no es necesario expresarlo en la ley (es más, hacerlo puede inducir a confusiones innecesarias).

2. En el estado de necesidad defensivo, las expresiones utilizadas en la literatura son: "competencia preferente" del afectado por la defensa (Baldó: Estado de necesidad, 74); que el peligro emana de un ámbito de "organización débil" del afectado por la defensa (Robles: LH-Mir, 463); en el estado de necesidad defensivo rige el principio de responsabilidad (ulteriores referencias en Baldó: Estado de necesidad, 75); tiene que existir un "deber" de impedir el surgimiento del peligro (Frister: StR, 198); incluso para Bringewat, quien extiende extraordinariamente el ámbito de la legítima defensa, en ella el ataque debe al menos ser "objetivamente contrario a un deber" (Bringewat: StR, 198), lo cual no se requiere en el estado de necesidad.

3. La distinción entre el estado de necesidad defensivo y la legítima defensa queda absolutamente clara:

- la legítima defensa requiere una agresión ilegítima plenamente imputable al agresor (y por eso no comprende, por ejemplo, el peligro que emana de inimputables); en el estado de necesidad, en cambio, basta un peligro originado en una acción u omisión del afectado, que no requiere ser contraria a derecho;
- en la legítima defensa la conducta del afectado debe ser ilegítima, en el sentido de contraria a derecho; en el estado de necesidad no se requiere que el afectado

actúe en contravención a un deber (basta con que sea preferentemente competente, y la causa de esta competencia preferente es al menos en parte una acción u omisión suya, no exclusivamente la mala suerte).

El hecho de que la legítima defensa no comprenda el peligro que emana de inimputables por enajenación o minoría de edad es una consecuencia de la sistemática pre-aprobada por la comisión. Conforme a ella, la legítima defensa y los estados de necesidad justificantes se distinguen primariamente según la competencia por la amenaza a los bienes jurídicos: plena competencia por lo que cuenta como agresión (legítima defensa), competencia preferente por un peligro (estado de necesidad defensivo) y ausencia de competencia (estado de necesidad agresivo), y sólo secundariamente –y como consecuencia de lo anterior– se distinguen por la clase de ponderación de los intereses que se realiza en cada caso.

Es cierto que entre la legítima defensa y el estado de necesidad defensivo hay un parentesco importante, y que incluso podría darse alguna discusión en torno a qué situaciones deben quedar comprendidos en uno u otro (también la interpretación que puede darse a las palabras “atribuible” y “proveniente”, en la propuesta examinada en el claustro). En cualquier caso, el estado de necesidad defensivo está efectivamente –y así es también en la literatura– mucho más cerca de la legítima defensa que del estado de necesidad agresivo, mientras que la propuesta examinada en el claustro lo sitúa más cerca del estado de necesidad agresivo.

4. La distinción según la competencia es fundamental también para la distinción entre los dos estados de necesidad justificantes. Esta distinción hace que la ponderación de intereses en el estado de necesidad defensivo tenga una función totalmente diferente de la que cumple en el estado de necesidad agresivo (en el primero cumple una función correctiva; en el segundo, traza el límite de lo permitido). En cambio, en la propuesta examinada en el claustro el estado de necesidad agresivo y el estado de necesidad defensivo sólo se distinguen por el balance de sacrificios y salvamentos que comprende la justificación y no por sus presupuestos.

5. Por mi parte, incorporaría mayores exigencias en el juicio de proporcionalidad. Por ejemplo, en otras legislaciones se hace referencia también al “grado del peligro amenazante” como en el StGB, o se exige que la comparación se extienda también a los “males” (y no sólo bienes o intereses). Cuando una persona lesiona un bien jurídico penalmente protegido, su conducta no supone sólo el menoscabo de un bien, sino que también, en cierta medida, una perturbación del orden jurídico (inherente a la realización del hecho típico) y “una injerencia anormal en la esfera del lesionado” (Mir Puig: DP.PG, L 17/67, 463). Sin embargo, y en aras de acoger los diversos planteamientos realizados por

los comisionados en la discusión, en esta propuesta sólo se exige comparar los intereses comprometidos. En este contexto, y ya que la propuesta no considera expresamente otros factores, tal vez podría ser más exigente en la relación de proporcionalidad entre los intereses en conflicto, justificando la conducta (por estado de necesidad defensivo) sólo cuando se trata de bienes jurídicos de similar jerarquía.

6. En esta propuesta quedan cubiertas por el estado de necesidad defensivo justificante (si se cumplen los demás requisitos) las intervenciones contra:

- el sujeto que actúa u omite en error invencible, p. ej. va a apretar sin saberlo el botón de la “máquina infernal” porque piensa que con ello realiza una conducta indiferente (el tratamiento de los casos de error vencible –*culpa facti* o *culpa iuris*– queda abierto a la discusión doctrinal, igual que la pertenencia de los casos de “actio illicita in causa” al ámbito de la legítima defensa o al del estado de necesidad defensivo).
- el sujeto que actúa u omite dentro del riesgo permitido, atípica o incluso justificadamente (en este último caso, no respecto del daño específico que está autorizado a producir), pero creando *con su conducta* un peligro actual para los intereses de un tercero.
- el sujeto que actúa creando un riesgo especial, como la conducción de un vehículo motorizado (por ejemplo, en el caso del que a causa del hielo pierde el control del auto y amenaza arrollar a un peatón, el cual sólo se salva porque el chofer de un camión se atraviesa, provocando la muerte del conductor del auto).
- los casos en que el peligro proviene de la conducta de un inimputable o de un menor de edad
- eventualmente los casos en que el sujeto de quien emana el peligro actúa coaccionado o bajo circunstancias que le hacen inexigible otra conducta (siempre que no haya agresión ilegítima de su parte)
- a través de la regla expresa, los casos de defensa anticipada, cuando la necesidad de la misma se debe a la conducta del afectado

7. No quedan cubiertos por el estado de necesidad defensivo justificante:

- los casos de *vis absoluta* (proyectiles humanos) o ausencia de acción, pero sólo cuando el sujeto de quien procede el peligro no es responsable siquiera de la creación de un riesgo especial (pues si lo es, el caso queda cubierto y se resuelve en perjuicio del que es preferentemente competente por el peligro).

- los demás casos en que el peligro puede “provenir”, en un sentido meramente causal, de quien no realiza una acción o una omisión (los antiguos casos de “perforación” para achicar la cabeza de la criatura con hidrocefalia durante el nacimiento –estas situaciones prácticamente no se dan en la actualidad).

Para estos dos grupos de casos –y hay que convenir en que se trata de situaciones muy excepcionales–, la solución sería: a) estado de necesidad exculpante para el mismo amenazado o quienes están muy cerca suyo, y b) respecto de quienes tienen el deber de asistir al que se encuentra en peligro: una causa de justificación por colisión de deberes para personas que intervienen profesionalmente en situaciones de crisis (su principal límite es que el sacrificio del interés afectado debe ser *consecuencia de* y no *medio para* la salvación del interés que se hace primar – la segunda parte de la circunstancia primera del art. 25 inciso 2° establece esta exigencia en forma independiente de una determinada estructura de imputación moral). La expresión “aunque su conducta se ajuste a la descripción legal de un delito” remite a la definición de delito que adoptó la comisión, y que permite distinguir entre la realización de una conducta legalmente descrita y su realización ilegítima.

8. Así, la propuesta “peligro actual o inminente que proviene de una acción u omisión del afectado” permite articular el estado de necesidad defensivo con la legítima defensa (agresión ilegítima) y el estado de necesidad agresivo (peligro absolutamente ajeno al afectado), sin imponer deberes de solidaridad extremos por consideraciones exclusivamente causales o utilitaristas. En particular, hace superfluo que el ordenamiento jurídico justifique la acción de dar muerte al inocente. De este modo:

- *proveniente*: alude a las exigencias de imputación objetiva –o al menos de causalidad– del peligro;

- *de una acción del afectado o de una situación que éste debe controlar*: exige un mínimo de competencia personal por el peligro, sin necesidad de que exista una infracción de deber. La referencia expresa a la “situación que el afectado debe controlar” no exige, por cierto, que la omisión de control sea típica o siquiera antijurídica: ésta es justamente la diferencia entre el estado de necesidad y la legítima defensa; en ésta el afectado es responsable de una agresión ilegítima, mientras que en aquél, el afectado preferentemente competente por un peligro.

En síntesis: en la mayor parte de los casos sujetos al estado de necesidad defensivo, un infortunio ha puesto dos bienes jurídicos frente a frente, de modo que sólo uno de ellos puede prevalecer. El derecho puede “mirar para otro lado” y no resolver nada. Pero

también puede dar un criterio de orientación para el ciudadano. El criterio que aquí se da es el siguiente: si una de las dos personas cuyos bienes se encuentran en peligro tiene una competencia preferente por ese peligro (aunque no haya hecho algo contrario a derecho), es esa persona la que debe soportar el riesgo. La proporcionalidad sólo cumple una función de límite en el estado de necesidad defensivo y no es fundante de un deber de sacrificio. Esto es lo que queda expresado en esta propuesta y que no queda suficientemente expresado en la que se examinó en el claustro, en donde el punto de partida no es la competencia preferente por el peligro, sino al balance de los intereses entre las dos víctimas de la situación.